

“일괄정산네팅(close-out netting)규정의 운용을 위한 UNIDROIT 원칙”을 고려한 입법적 제안*

이 헌 목**

차 례

- I. 들어가기
- II. 일괄정산네팅의 의미와 법률적 쟁점
 - 1. 일괄정산네팅의 의미
 - 2. 일괄정산네팅과 관련한 법률적 쟁점
- III. 통합도산법 제120조 제3항의 내용의 개관과 이에 관련한 논의
 - 1. 통합도산법 제120조 제3항의 적용요건
 - 2. 통합도산법 제120조 제3항의 적용의 효과
- IV. 일괄정산네팅원칙과 통합도산법 제120조 제3항의 비교 및 평가
 - 1. 주관적 적용범위
 - 2. 객관적 적용범위
 - 3. 기본계약의 요구
 - 4. 일괄정산네팅의 정의규정의 필요성
 - 5. 법률행위의 효력을 규율하는 법률의 적용여부
 - 6. 부인권
 - 7. 금융기관 해산과 관련한 예외조치
- V. 결 론

* 이 논문은 2014년도 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 연구되었음 (NRF-2014S1A5A8012160).

** 경북대학교 법학전문대학원 조교수/변호사

접수일자 : 2015. 4. 29. / 심사일자 : 2015. 5. 29. / 게재확정일자 : 2015. 5. 30.

I. 들어가기

‘사법통일을 위한 국제연구소’(UNIDROIT)¹⁾는 일괄정산네팅에 관한 각 국의 법을 가능한 범위 내에서 일치시킴으로써 보다 안전하고 쉬운 국제금융거래의 정산을 가능하게 하고자 2013년에 「일괄정산네팅규정의 운용에 관한 원칙」(이하 ‘일괄정산네팅원칙’이라 한다)을 채택하였다.²⁾ 이 일괄정산네팅원칙은 비록 법률적 구속력은 없지만 일종의 model law로서 일괄정산네팅에 관한 국제통일법의 초석을 마련한 점에서 큰 의미가 있다. 2005년 3월 2일 국회를 통과하여 2005년 3월 31일 공포된 「채무자회생 및 파산에 관한 법률」(이하 ‘통합도산법’이라고 한다)에서도 제한적으로 일괄정산네팅규정의 효력을 인정하고 있지만, 일괄정산네팅원칙과 비교할 때 내용상 차이가 적지 않다. 통합도산법을 일괄정산네팅원칙에 비추어 그 문제점을 발견하고 이에 맞추어 개정하는 것은, 통합도산법을 국제적 기준에 다가가게 함으로써 일괄정산네팅의 예측가능성을 높여서 결국 우리나라의 국제금융경쟁력을 향상시키는데 일조할 것으로 기대된다. 이러한 목적을 위하여 아래에서는 일괄정산네팅의 합의의 효력을 인정하고 있는 통산도산법 제120조 제3항의 내용 및 이에 관련한 논의를 살펴본 뒤에 이를 일괄정산네팅원칙과 비교하는 방법으로 통합도산법의 문제점을 도출하고, 이에 대한 개정안을 제시해 보고자 한다.

참고로 본 글의 목적은 통합도산법 제120조 제3항의 개정을 위한 전반적 의견을 제시하는데 그 목적이 있는 것이 아니라, 일괄정산네팅원칙을 고려한 한정된 범위에서 개정의견을 제시하는데 그 목적이 있으므로 아래의 논의도 이러한 범위에 한정된다.

1) 프랑스어인 ‘Institut international pour l'unification du droit privé’의 약자로서 영어로는 ‘International Institute for the Unification of Private Law’이다.

2) Philipp Paech, “Enforceability of Close-Out Netting: Draft UNIDROIT Principles to Set New International Benchmark”, 1 JIBFL 13, 2013, p.13.

II. 일괄정산네팅의 의미와 법률적 쟁점

1. 일괄정산네팅의 의미

금융거래의 당사자는 거래상대방이 도산할 수 있는 신용위험(credit risk)¹⁾에 항상 노출되어 있는데, 특히 국제금융거래의 경우에는 그 규모가 크기 때문에 거래상대방의 도산에 의하여 발생하는 손해도 크기 마련이다. 게다가 금융시스템은 전세계적으로 연결되어 있기 때문에 어느 한 금융기관의 대규모 손실은 전세계적으로 확산될 가능성이 있는데 이를 시스템위험(systemic risk)²⁾이라고도 한다. 이에 덧붙여 외국에 있는 거래상대방이 도산한 경우에 각 국의 도산법의 내용이 달라서 그 나라의 도산절차에 따르면 어떤 결과를 가져올지 예측가능성이 떨어진다. 이러한 이유에서 금융거래³⁾의 참가자들은 신용위험의 발생으로 오는 손해를 줄이고, 예측가능성을 높이기 위하여 다양한 방법을 사용하는데, 대표적으로 일괄정산네팅(close-out netting)⁴⁾의 합의가 있다. 일괄정산네팅의 합의의 특징적인 요소들만 모아 보면 계약의 일방당사자에게 그 계약에서 미리 규정한 사건(특히 도산절차)⁵⁾이 발생한 경우에, 자동적으로 또는 당사자 일방의 선택에

- 1) 신용위험이란 일정한 원인(특히 도산절차의 개시)으로 인하여 채무자가 이행기에 이행을 하지 못할 위험을 의미한다. 이를 거래상대방위험(counterparty risk) 또는 부도위험(default risk)이라고도 한다. 금융용어의 정의에 관하여는 국제결제은행(Bank for International Settlement; 'BIS')에서 제공하는 용어집을 참조하였다. 이하 마찬가지이다. 이 용어집은 <http://www.bis.org/cpmi/publ/d00b.pdf>에서 찾아 볼 수 있다.
- 2) 시스템위험이란 상호간에 긴밀히 연계되어 있는 금융거래시스템에 고유한 각종 위험이 시장참여자를 연결고리로 해서 국내의 다른 금융시장참여자에게, 그리고 국경을 넘어 전세계의 금융시장에 전파되어 시스템의 붕괴를 초래할 수 있는 위험을 말한다.
- 3) 일괄정산네팅은 유가증권의 환매조건부거래(repurchase agreement), 유가증권의 대차계약(securities lending agreement), 파생금융거래(derivatives)에서 많이 사용된다. 금융기관 중 은행이 많이 사용하지만 비금융기관이나 공공기관도 사용하고 있다(UNIDROIT, Principles on Close-Out Netting, International Institute for the Unification of Private Law, para.4. 이 자료는 일괄정산네팅원칙에 관한 UNIDROIT의 공식 코멘트로서 <http://www.unidroit.org/en/instruments/capital-markets/netting>에서 찾아 볼 수 있다).
- 4) 네팅(netting)이란 동일한 당사자 사이에서 하나의 기본계약(master agreement)을 바탕으로 하여 동종의 거래를 다수 행하는 경우에 이행기가 동일한 복수의 채권채무를 미리 체결한 합의에 기하여 서로 차감계산하여 하나의 채권으로 만드는 것을 말한다. 이러한 네팅은 법적구조에 따라서 지급네팅(payment netting), 노베이션네팅(novation netting), 일괄정산네팅(close-out netting 또는 liquidation netting)이 있는데, 각 네팅의 구체적인 의미에 관하여는 석광현, 국제사법과 국제소송 제2권, 박영사, 2001, 505쪽 이하 참조.

의하여 모든 채무의 이행기가 도래하고 일괄정산을 통하여 하나의 순채무(net obligation)로 감소 또는 대체되도록 하는 합의를 말한다.⁶⁾ 일괄정산네팅은 당사자 사이의 거래를 종료시키고 아직 이행기가 도래하지 아니한 채무 사이에서 정산이 발생한다는 점에서 이행기가 도래해야 비로소 상계적상이 발생하는 상계와 차이가 있다.⁷⁾

일괄정산네팅은 이와 같이 일방당사자에게 도산절차가 개시된 경우에 쌍방당사자의 채권과 채무를 정산하여 차액만 결제할 수 있도록 함으로써, 신용위험과 시스템위험을 거래 전체금액에 따른 총위험(gross exposure)이 아니라 차액에 따른 순위험(net exposure)으로 감소시키는 기능을 한다.⁸⁾ 신용위험을 줄인다는 점에서 일괄정산네팅의 합의를 문서화한 일괄정산네팅규정은 장외파생거래에 관한 ISDA Master Agreement(이하 'ISDA 기본계약서'라 함)에 포함되는 등⁹⁾,

-
- 5) 국제스왑파생상품협회(International Swaps and Derivatives Association; ISDA)에서 마련한 2002년 기본계약서(2002 Mater Agreement) 제5조(a)(vii)에서는 일방당사자에게 도산절차가 개시되는 것을 채무불이행사유(event of default)로 규정하고 있고, 제6조에서는 제5조의 채무불이행사유가 발생한 경우에 자동적으로 또는 당사자의 선택에 의하여 계약이 종료되고 일괄정산네팅의 효력이 발생하는 것으로 규정하고 있다.
 - 6) UNCITRAL, 2004 Legislative Guide on Insolvency Law, p.156. 이 자료는 http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html에서 찾아볼 수 있다.
 - 7) Philipp Paech, *op.cit.*, p.13. 그러나 채권의 이행기가 도래하지 않았거나 또는 채권의 목적이 상이한 경우에 상계를 허용하는 약정, 즉 상계계약은 허용되므로 거래를 종료시킨다는 점을 제외하면 일괄정산네팅의 합의는 일종의 상계계약이라고 볼 수 있다(이화여자대학교 법학연구소, “파생금융상품의 일괄정산네팅에 관한 연구”, 「법무부정책연구」, 2003, 12쪽). 그리고 대법원 2005. 4. 28. 선고 2005다3113 판결에서는 상계계약의 효력을 인정하고 있다.
 - 8) 국제결제은행의 조사에 따르면 네팅으로 인하여 약 85%의 신용위험의 감소효과가 있다고 한다(Peter M Werner, “Close-out netting and the world of derivatives in central and eastern Europe and beyond - ISDA perspective”, *Law in Transition*, 2012, p.50). 한편, 신용위험을 감소시키기 위한 방법으로 일괄정산네팅 이외에 금융담보(financial collateral)도 있다. 성공적 입법으로 평가받고 있는 유럽연합의 「유럽연합의 금융담보에 관한 지침」(Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements)에서는 현금(cash)과 주식 또는 유가증권과 같은 금융증권(financial instruments)을 금융담보의 대상으로 규정하고 있다. 일괄정산네팅을 허용하게 되면 도산절차에서도 채무이행을 확보할 수 있으므로 총위험이 아니라 순위험으로 위험을 평가하므로 금융담보를 제공할 필요가 없거나 담보의 규모를 대폭 줄일 수 있다는 장점이 있다(Carl Baker, “Rethinking the ISDA flawed asset”, *J.I.B.L.R.* 27(6), 2012, p.254).
 - 9) 국제스왑파생상품협회(International Swaps and Derivatives Association; ISDA)에서 마련한 2002년 기본계약서(2002 Mater Agreement) 제5조(a)(vii)에서는 일방당사자에게 도산절차가 개시되는 것을 채무불이행사유(event of default)로 규정하고 있고, 제6조에서는 제5조의 채무불이행사유가 발생한 경우에 자동적으로 또는 당사자의 선택에 의하여 계약이 종료되고

“일괄정산네팅(close-out netting)규정의 운용을 위한 UNIDROIT 원칙”을 고려한 입법적 제안

유가증권의 환매조건부거래(repurchase agreement; 소위 Repo거래) 및 유가증권의 대차거래(securities lending agreement)와 같은 국제금융거래에서 널리 사용되고 있으며, 시스템위험을 줄인다는 점에서 유엔국제상거래법위원회(UNCITRAL)¹⁰⁾, 세계결제은행(BIS)¹¹⁾, 그 밖의 금융당국¹²⁾ 등이 사용을 권장하고 있다.¹³⁾

2. 일괄정산네팅과 관련한 법률적 쟁점

국제금융계약의 당사자 일방에 대하여 도산절차가 개시되면 도산법정지주의 (lex concursus)의 원칙에 따라서 국제사법에 의하여 지정된 준거법이 아니라 도산절차가 개시된 국가의 도산법이 적용된다.¹⁴⁾ 그 결과 국제금융계약의 당사

일괄정산네팅의 효력이 발생하는 것으로 규정하고 있다.

- 10) UNCITRAL, 2004 Legislative Guide on Insolvency Law, recommendation 7(g) 및 p.146에서는 일괄정산네팅은 금융시장의 기능을 유지하는데 있어서 필수적이므로 도산절차에서도 그 효력을 인정해야 한다고 권장하고 있다.
- 11) 국제결제은행은 1990년 다자간 차액결제제도에 관한 국제적인 기준에 관한 소위 Lamfalussy 보고서를 발표한 이후, 2001년 중요자금결제제도의 핵심원칙을 제정·공표하여 각국에서 새로운 지급결제제도를 구축하거나 기존제도를 개선하는데 있어 모범적인 실무기준을 제시하고 있다. 양자 모두 지급결제제도에 대하여 각국에서 확고한 법적 근거를 갖출 것을 요구하고 있는바, 제120조 제1항 및 제2항은 이러한 국제적인 배경에서 입법된 것이다 (임치용, “지급결제제도에 관한 회생 및 파산 절차”, 「인권과 정의」 제356호, 대한변호사협회, 2006, 註5). 또한, 국제결제은행은 자기자본비율로서 (자기자본/위험가중자산×100 ≥ 8%)를 요구하고 있는데, 네팅을 허용하면 동일 당사자 간의 거래액을 상계함으로써 위험가중자산을 감소시킬 수 있으므로 자기자본비율이 상승한다. 이를 네팅에 의한 자산감축효과라고 한다(임치용, 앞의 글, 97-98쪽).
- 12) 금융안정위원회(Financial Stability Board; FSB)와 바젤은행감독위원회(Basel Committee on Banking Supervision; BCBS)는 2011년 금융시스템의 안정화를 위하여 금융담보와 함께 일괄정산네팅을 사용할 것을 강력히 권장하였다.
- 13) UNIDROIT 2012 C.G.E./Netting/2/W.P. 2, “Draft Principles regarding the enforceability of close-out netting provisions”, p.2. 이 자료는 <http://www.unidroit.org/netting-preparatory-work>에서 찾아볼 수 있다.
- 14) 국제도산절차에는 다수의 이해관계인이 존재하고, 국가기관인 법원에 의하여 진행되기 때문에 이를 통일적으로 도산법정지법에 따라서 진행할 필요가 있다. 또한, 도산법정지법에 따르게 되면 복잡한 준거법 지정의 과정을 피할 수 있고, 다수의 준거법 간의 충돌과 모순을 방지함으로써 국제도산법의 이념인 채권자평등의 원칙과 국제도산절차에서의 법적 안정성의 보장에 보다 충실할 수 있는 이점이 있다. 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에서는 명시적으로 도산법정지법 원칙을 선언하지 않았지만, 외국도산절차의 승인제도·외국도산절차에 대한 지원제도를 도입함으로써 도산법정지법원칙을 간접적으로 선언하고 있다(이현목, “영국법상 상계제도와 영국법이 적용되는 채권의 상계와 관련한 국내법상의 문제”, 「저스티스」 제142호, 한국법학원, 2014, 59쪽).

자 일방에 대하여 한국에서 도산절차가 개시되었다면 원래의 준거법에 관계없이 우리의 통합도산법이 적용된다. 그런데 통합도산법 제120조 제3항¹⁵⁾에서는 소위 기본계약에 포함된 일괄정산네팅규정이 같은 법의 다른 규정에 우선하여 효력을 갖는다고 명시하는 방법으로 일괄정산네팅규정의 효력을 인정하고 있다.¹⁶⁾

하지만 통합도산법에서 일괄정산네팅규정의 효력을 인정하더라도 일괄정산네팅과 통합도산법의 긴장관계는 계속될 수밖에 없다. 통합도산법 전체를 일관하는 가장 기본적인 법원칙은, 담보권 등 우선권변제권이 없는 일반채권자는 도산절차에서 동등한 대우를 받는다는 이른바 ‘채권자평등의 원칙’(pari passu)이다.¹⁷⁾ 그런데 일괄정산네팅의 효력이 발생하면 도산한 자의 상대방은 도산절차가 아닌 일괄정산네팅절차를 통하여 사실상 채권의 만족을 얻게 되므로 다른 채권자보다 우선변제를 받는다는 점에서 위 채권자평등의 원칙에 반한다. 그럼에도 불구하고 일괄정산네팅은 시스템위험을 감소시켜 금융시스템의 안정에 필수적이고, 또한 신용위험을 감소시키고자 하는 금융기관은 일괄정산네팅이 허용되는 국가에서 금융거래를 하고자 하므로 많은 국가에서 일괄정산네팅규정의 효력을 인정하고 있다.¹⁸⁾

그러나 국제금융거래의 활성화와 시스템리스크의 관리를 위하여 일괄정산네팅규정의 효력을 확보할 필요가 있다고 하더라도¹⁹⁾ 채권자평등의 원칙에 의한 제한 때문에 일괄정산네팅규정의 효력을 무제한으로 인정할 수 없고, 양자의 균형을 유지할 필요가 있는데, 이러한 균형을 유지하기 위해서 일괄정산네팅규정의 효력을 어느 범위까지 인정할 것인지 문제된다.

15) 동조의 도입의 연혁에 관하여는 오수근, “도산절차와 결제제도”, 「증권예탁」 제62호, 증권예탁원, 2007, 7쪽 이하 및 정순섭, “통합도산법상 금융거래의 특칙에 관한 연구”, 「증권법연구」 제6권제2호, 한국증권법학회, 2005, 252-253쪽 참조.

16) “일정한 금융거래에 관한 기본적 사항을 정한 하나의 계약에 근거하여 다음 각호의 거래를 행하는 당사자 일방에 대하여 회생절차가 개시된 경우 적격금융거래의 종료 및 정산에 관하여는 이 법의 규정에 불구하고 기본계약에서 당사자가 정한 바에 따라 효력이 발생하고 해제, 해지, 취소 및 부인의 대상이 되지 아니하며, 제4호의 거래는 중지명령 및 포괄적 금지명령의 대상이 되지 아니한다.”

17) 정순섭, “장외파생상품거래의 중도 종료와 도산절차상 효력”, 「증권」 제112호, 2002, 52쪽.

18) UNIDROIT, Principles on Close-Out Netting, International Institute for the Unification of Private Law, para.56.

19) 일괄정산네팅의 필요성에 관한 자세한 논의는 정순섭, 위의 글 참조.

“일괄정산네팅(close-out netting)규정의 운용을 위한 UNIDROIT 원칙”을 고려한 입법적 제안

III. 통합도산법 제120조 제3항의 내용의 개관과 이에 관련한 논의

1. 통합도산법 제120조 제3항²⁰⁾의 적용요건

(1) 기본계약(master agreement)의 존재

1) 기본계약의 의미

통합도산법 제120조 제3항에서는 “일정한 금융거래에 관한 기본적 사항을 정한 하나의 계약”, 즉 ‘기본계약’에 포함되어 있는 일괄정산네팅규정에 한정하여 그 효력을 인정하고 있다. 하지만 기본계약을 “일정한 금융거래에 관한 기본적 사항을 정한 하나의 계약”이라고 규정하고 있을 뿐이고, 더 이상의 정의를 두고 있지 아니하여 기본계약이 구체적으로 무엇인지 명확하지 아니하다. 적어도 이 조항의 입법취지는 기본계약에 따른 다수의 거래를 정산을 하고자 하는 당사자들의 의사를 존중하기 위한 데에 있으므로 계속적 거래가 아닌 단발적 거래를 위한 계약은 기본계약이 될 수 없다.²¹⁾ 따라서 ISDA 기본계약서, 「1997년 외국환·옵션마스터 계약서」 (Foreign Exchange and Options Master Agreement, FEOMA), 「1997년 국제외국환마스터 계약서」 (International Foreign Exchange Master Agreement, IFEMA) 등과 같은 각종 표준계약서는

20) 제120조 ③일정한 금융거래에 관한 기본적 사항을 정한 하나의 계약(이 항에서 "기본계약"이라 한다)에 근거하여 다음 각호의 거래(이 항에서 "적격금융거래"라고 한다)를 행하는 당사자 일방에 대하여 회생절차가 개시된 경우 적격금융거래의 종료 및 정산에 관하여는 이 법의 규정에 불구하고 기본계약에서 당사자가 정한 바에 따라 효력이 발생하고 해제, 해지, 취소 및 부인의 대상이 되지 아니하며, 제4호의 거래는 중지명령 및 포괄적 금지명령의 대상이 되지 아니한다. 다만, 채무자가 상대방과 공모하여 회생채권자 또는 회생담보권자를 해할 목적으로 적격금융거래를 행한 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 통화, 유가증권, 출자지분, 일반상품, 신용위험, 에너지, 날씨, 운임, 주파수, 환경 등의 가격 또는 이자율이나 이를 기초로 하는 지수 및 그 밖의 지표를 대상으로 하는 선도, 옵션, 스왑 등 파생금융거래로서 대통령령이 정하는 거래.
2. 현물환거래, 유가증권의 환매조건부거래, 유가증권의 대차거래 및 담보콜거래.
3. 제1호 내지 제2호의 거래가 혼합된 거래.
4. 제1호 내지 제3호의 거래에 수반되는 담보의 제공·처분·충당.

21) 박준, “채무자회생 및 파산에 관한 법률 제120조의 해석”, 「BFL」 제22호, 서울대학교 금융법센터, 2007, 72쪽; 오수근, “도산절차와 결제제도”, 「증권에탁」 제62호, 증권에탁원, 2007, 25쪽.

계속적 거래를 전제로 하므로 앞의 기본계약에 해당한다.²²⁾ 그리고 개별적으로 체결된 계약이라도 장래 계속적 거래를 위하여 체결되었다면 이를 기본계약에서 제외할 이유가 없으므로 앞의 기본계약에 해당된다고 해석된다.²³⁾

2) 거래확인서

파생금융거래는 위험을 회피할 목적으로 긴급하게 이루어지는 경우가 많기 때문에, 거래확인서(confirmation)만으로 일단 금융거래를 개시하고 그 후에 비로소 기본계약을 체결하는 경우가 있다. 통상적으로 이러한 거래확인서에서는, 거래확인서가 표준기본계약을 보충하고 그 표준기본계약의 일부분이 된다고 언급하는 방법으로 표준기본계약을 거래확인서의 내용으로 편입하고 있다.²⁴⁾ 그리고 이러한 거래관행을 반영하여 ISDA 기본계약서 제1조(b)에서는 거래확인서와 기본계약서 사이에 내용상 불일치가 있는 경우에는 거래확인서가 우선적 효력이 있다는 점을 명시하고 있다.²⁵⁾ 대법원 판례²⁶⁾는 다른 계약서를 인용하는 방법으로 그 계약서의 내용이 계약의 내용으로 편입되기 위한 요건으로 ‘편입될 계약서의 특정’을 요구하고 있으므로, 만일 편입의 준거법이 한국법이고²⁷⁾ 거래확인서의 내용이 위와 같은 편입의 요건을 충족한다면 당사자가 거래확인서만으로 거래를 개시하더라도 표준기본계약에 구속될 것이다. 결론적으로 거래확인서가 단발적 거래를 위한 약정이라면 기본계약으로 볼 수 없지만,²⁸⁾ 장래 계속적 거래를 위하여 작성·서명되었고 표준기본계약이 앞의

22) 정순섭(註17), 위의 글, 254-256쪽.

23) 앞의 글, 256쪽.

24) 예를 들어 ISDA 표준 거래확인서에서는 “This Confirmation supplements, forms part of, and is subject to, the ISDA Master Agreement as published and copyrighted in ____ by the International Swaps and Derivatives Association, Inc.(이 거래확인서는 ____년 공표되고, ISDA가 저작권을 갖고 있는 ISDA 기본계약서를 보충하고, 그 일부분이 되며, 그에 따라서 효력이 있다)”고 규정하고 있다.

25) In the event of any inconsistency between the provisions of any Confirmation and this Master Agreement, such Confirmation will prevail for the purpose of the relevant Transaction(거래확인서의 규정과 본 기본계약서 사이에 불일치가 있는 경우에 그 거래에 있어서 거래확인서의 규정이 우선적 효력을 갖는다).

26) 대법원 2003.01.10. 선고 2000다70064 판결.

27) 다른 계약서를 인용하는 방법으로 그 계약서의 내용을 계약의 내용으로 편입시키는 것은 계약의 성립과 효력에 관한 사항이므로 계약의 준거법에 따라서 편입의 요건이 결정된다(대법원 2003.01.10. 선고 2000다70064 판결).

“일괄정산네팅(close-out netting)규정의 운용을 위한 UNIDROIT 원칙”을 고려한 입법적 제안

편입요건을 갖추었다면 기본계약의 존재를 인정하여 통합도산법 제120조 제3항을 적용하는 것이 타당하다.²⁹⁾

3) 기본계약에 도산절차에 관한 특칙이 존재

통합도산법 제120조 제3항의 특칙이 적용되기 위해서는 기본계약에서 적격금융거래의 종료 및 정산에 관한 규정을 포함하고 있어야 한다. 이때의 규정은 반드시 일괄정산네팅규정이어야 할 필요는 없으며, 해석상 통합도산법에 규정된 도산절차와 다른 방식으로 거래의 종료 및 정산을 합의한 규정이라도 무방하다.³⁰⁾

4) 정의규정의 필요성

위와 같은 해석에도 불구하고 여전히 ‘기본계약’의 의미를 해석에 맡기는 것은 혼란을 초래할 수 있다는 이유로, 일본의 「금융기관 등이 행하는 특정금융거래의 일괄정산에 관한 법률시행규칙」(1998) 제2조에서 ‘기본계약서’를 “특정금융거래를 행하고자 하는 금융기관 등과 그 상대방간에 둘 이상의 특정금융거래를 계속적으로 행하기 위해 작성된 계약서로서, 계약당사자간에 행하여지는 특정금융거래에 관련된 채무에 관하여 그 이행의 방법 기타 당해 특정금융거래에 관한 기본적 사항을 정하는 것”이라고 정의하고 있는 사실을 지적하면서, 우리의 경우에도 위와 같은 정의규정을 둘 필요가 있다는 주장이 있다.³¹⁾

(2) 적격금융거래에 관한 일괄정산네팅

모든 금융거래의 일괄정산네팅규정의 효력이 인정되는 것이 아니라 통합도산법 제120조 제3항 제1호 내지 제4호에 열거된 ‘적격금융거래’³²⁾의 일괄정산네

28) 임치용, 위의 글, 104쪽.

29) 박준, 위의 글, 26쪽.

30) 오수근, 위의 글, 24쪽.

31) 박준, 위의 글, 73-74쪽.

32) 비록 일괄정산네팅규정의 효력에 관한 논의가 ISDA 기본계약에 근거한 파생금융상품의 일괄정산으로부터 시작되었지만, 파생금융상품이라는 용어는 언제든지 새로운 상품이 나올 수 있는 가변적 의미를 갖고 있는 용어이고, 그 의미가 혼동되어 사용되는 경우도 많을 뿐만 아니라, 일괄정산네팅의 대상이 되는 금융거래 중에는 진정한 의미의 파생금융상품이 아닌 경우도 있기 때문에 파생금융상품이란 용어대신에 ‘적격금융거래’라는 용어가 사용되었다(오수근, 위의 글, 26-27쪽).

팅규정에 한하여 그 효력을 인정된다. 여기서 ‘적격금융거래’는 i) 선도·옵션·스왑 등 파생금융거래로서 대통령령이 정하는 거래(제1호 거래), ii) 현물환거래·유가증권의 환매거래·유가증권의 대차거래 및 담보콜거래(제2호 거래), iii) 제1호 내지 제2호의 거래가 혼합된 거래(제3호 거래), iv) 제1호 내지 제3호의 거래에 수반되는 담보의 제공·처분·충당(제4호 거래)을 의미한다. 제4호 거래는 금융거래는 아니지만 금융거래와 밀접한 관련이 있다는 점에서 포함되었다. 이러한 적격금융거래는 장외거래를 염두에 둔 것이지만 규정내용상 장외거래에 한정되지 아니하고 있어 향후 문제의 소지를 가지고 있다는 지적이 있다.³³⁾ 위 네 가지 거래의 구체적 내용은 아래와 같다.

1) 제1호 거래 (파생금융거래)

제1호 거래인 선도·옵션·스왑 등 파생금융거래는 「채무자회생 및 파산에 관한 법률 시행령」 제14조³⁴⁾에서 그 범위를 구체적으로 정하고 있는데, 이 시행령에서는 파생금융거래의 범위를 광범위하게 규정하고 있다. 이와 같이 광범한 규정을 둔 이유는 파생금융거래가 급속히 발달하고 있어서 이를 ‘포괄적으로 그리고 사전적으로’ 입법화하는 것이 거의 불가능하기 때문이다.³⁵⁾ 그리고 통합도산법에서는 파생금융거래에 관한 규정을 두고 있는 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」이나 「외국환거래법」의 관련규정을 준용하지 않고 있는데, 그 이유는 위 법들의 소관부처가 다르고 잦은 시행령의 개정으로 인하여

33) 오수근, 앞의 글, 32쪽. 그러나 거래소에서는 일괄정산에 관한 별도의 거래규정을 두고 있으므로 굳이 장내거래와 장외거래를 구분할 필요는 없어 보인다.

34) 제14조(파생금융거래) ①법 제120조제3항제1호에서 "파생금융거래로서 대통령령이 정하는 거래"라 함은 다음 각 호의 기초자산 또는 기초자산의 가격·이자율·지표·단위나 이를 기초로 하는 지수를 대상으로 하는 선도, 옵션, 스왑거래를 말한다.

1. 금융투자상품(유가증권, 파생금융거래에 기초한 상품을 말한다)
2. 통화(외국의 통화를 포함한다)
3. 일반상품(농산물·축산물·수산물·임산물·광산물·에너지에 속하는 물품 또는 이 물품을 원재료로 하여 제조하거나 가공한 물품 그 밖에 이와 유사한 것을 말한다)
4. 신용위험(당사자 또는 제3자의 신용등급의 변동·파산 또는 채무재조정 등으로 인한 신용의 변동을 말한다)
5. 그 밖에 자연적·환경적·경제적 현상 등에 속하는 위험으로서 합리적이고 적절한 방법에 의하여 가격·이자율·지표·단위의 산출이나 평가가 가능한 것.

35) 정순섭(註17), 위의 글, 258쪽.

“일괄정산네팅(close-out netting)규정의 운용을 위한 UNIDROIT 원칙”을 고려한 입법적 제안

통합도산법 제120조 제3항의 적용범위가 달라질 수 있다는 점³⁶⁾과 각 법률의 입법목적에 차이가 있다는 점을 고려한 것이다.³⁷⁾

2) 제2호 거래 (외환 및 증권금융거래)

제2호 거래 중 ‘현물환거래’란 통상 결제일이 거래일로부터 2영업일 이내인 외환거래를 말하며, 결제일이 거래일로부터 3영업일 이후에 도래하는 외환거래인 선물환거래³⁸⁾와 구분된다. 이러한 현물환거래는 파생금융거래는 아니지만, 현물환거래의 당사자가 도산하는 경우에 금융시장에 미칠 영향을 고려하여 위 특칙의 적용대상에 포함시켰다.³⁹⁾

그리고 ‘유가증권의 환매거래’는 ‘유가증권의 환매조건부거래’⁴⁰⁾를 의미하는데, ‘유가증권의 환매조건부거래’란 증권을 매도하여 자금을 마련하지만 매도인이 거래 이후 특정한 날에 동일수량의 증권을 환매할 수 있는 권리는 갖는 계약을 말한다.⁴¹⁾ ‘유가증권의 대차거래’란 장기간 증권을 보유하는 증권보유자로부터 증권을 차입하여 거래를 한 후 이와 동일한 증권을 매수하여 증권보유자에게 상환하는 거래를 말한다.⁴²⁾ 이러한 거래들도 거래당사자 일방이 도산하여 정산이 이루어지지 못하면 금융시장의 안정에 영향을 끼치므로 위 특칙의 적용대상에 포함되었다.⁴³⁾ 특히 유가증권의 환매거래의 경우에는 그 법적 성질에 관하여 증권매매설, 담보부소비대차설 등의 견해가 나뉘어

36) 앞의 글, 258쪽.

37) 오수근, 위의 글, 28쪽.

38) 외국환거래규정 제 1-2조 제11호: “선물환거래”라 함은 대외지급수단의 매매계약일의 제3영업일 이후 장래의 약정한 시기에 거래당사자간에 매매계약시 미리 약정한 환율에 의하여 대외지급수단을 매매하고 그 대금을 결제하는 거래로서 자본시장과 금융투자업에 관한 법률에 따른 파생상품시장 또는 해외파생상품시장에서 이루어지는 거래를 제외한 거래를 말한다.

39) 오수근, 김나영, “적격금융거래의 일괄정산에 관한 입법론”, 「법학논집」 제8권제2호, 이화여자대학교, 2004, 56쪽.

40) 입법취지와 연혁을 고려할 때 ‘유가증권의 환매거래’는 소위 Repo거래를 지칭하는 것으로 해석되지만, 유가증권매매를 하면서 환매조건을 특약하는 거래와 그 특약에 따라 이루어지는 유가증권의 환매거래 자체는 개념상 명백히 구분되므로 ‘유가증권의 환매조건부거래’가 좀 더 명확한 용어라는 주장이 있다(정순섭(註17), 위의 글, 260쪽).

41) 허항진, 국제증권시장의 법과 실무, 세창출판사, 2009, 483쪽. 이를 ‘Repo거래’라고도 한다.

42) 허항진, 앞의 책, 484쪽.

43) 오수근, 김나영, 위의 글, 57쪽.

있는데, 만일 후자의 견해로 보게 되면 유가증권의 환매거래에 따른 일괄정산은 네팅이 아니라 물건으로서의 담보권의 실행이 되어 부인권의 대상이 될 염려가 있다는 점도 고려되었다.⁴⁴⁾ 마지막으로 ‘담보콜거래’란 신용콜거래의 반대 개념으로서 신용콜거래는 은행 사이에 1일에서 15일까지 기간 동안 거래하는 초단기자금거래인 반면에, 담보콜거래는 신용콜거래에 30일을 추가하여 은행 이외의 금융기관들이 담보를 제공하고서 단기자금을 대출거래하는 것을 말한다.⁴⁵⁾

3) 제3호 거래 (복합상품)

제1호와 제2호의 상품이 결합된 복합상품도 적격금융거래에 포함된다.

4) 제4호 거래 (담보거래)

금융기관들이 파생상품거래를 할 때, 일괄정산의 결과 남게 되는 최종잔액채권에 대한 위험까지 줄이기 위하여 정기적으로 담보를 제공하는데,⁴⁶⁾ 이를 파생상품거래의 담보화(collateralization)라고 한다.⁴⁷⁾ 장외파생상품거래, 유가증권의 환매거래 및 유가증권의 대차거래에서 흔히 사용되는 담보는 현금, 주식, 유가증권 등과 같은 담보물에 질권 등의 담보권을 설정하는 방식(담보권설정방식, security financial collateral arrangement)과 담보물의 소유권을 이전하는 방식(양도담보방식, title transfer financial collateral arrangement)이 있다.⁴⁸⁾ 담보권설정방식은 일괄정산 후의 최종잔액채권에 대하여 담보를 제공하는 것을 의미하므로 일괄정산 후에 비로소 최종잔액채권의 회수를 위하여 물건으로서의 담보권의 실행이 이루어진다. 이에 반하여 소유권이전방식은 담보물에 대한

44) 앞의 논문, 260면. 대법원 판례(대법원 2011.11.24. 선고 2009다76362 판결)에서는 집행기관에 의하지 아니하고 질권자가 직접 질물을 매각하거나 스스로 취득하여 피담보채권에 충당하는 등의 행위가 통합도산법 제100조 제1항 제2호에 의한 부인권 행사의 대상이 될 수 있다고 판시하고 있다.

45) 임치용, 위의 글, 107쪽.

46) 뒤에서 보는 바와 같이 통합도산법에는 일괄정산네팅 후의 잔액채권에 관하여 별도의 규정이 없으므로 채권자는 잔액채권에 대하여 우선권을 갖지 못하고 도산절차를 통하여 회수할 수밖에 없다. 이러한 경우에는 잔액채권 전액을 회수할 가능성이 없으므로 이를 위하여 담보를 설정한다.

47) 박현일, “파생상품거래의 담보화에 따른 법적 문제”, 「경희법학」 제39권제1호, 경희대학교, 2004, 193쪽.

48) 박준, 위의 글, 77쪽.

“일괄정산네팅(close-out netting)규정의 운용을 위한 UNIDROIT 원칙”을 고려한 입법적 제안

소유권이 이미 채권자에게 있으므로 담보권의 실행이 별도로 요구되지 아니하고, 다만 잔존채무와 담보물의 가치의 정산이 필요하므로 일괄정산이 이루어지는 때에 담보물도 환가정산되어 다른 채권 및 채무와 함께 일괄정산된다는 점에서 담보권설정방식과 차이가 있다.

그런데 위 제4호에서 규정하고 있는 담보거래는 양도담보방식만을 의미하며 담보권설정방식은 포함되지 아니한다는 주장이 있다.⁴⁹⁾ 이 주장에 따르면 통합도산법 제120조 제3항은 다른 채권자들의 희생 하에 적격금융거래상의 채권자를 우대하는 것이므로 가급적 엄격하게 해석할 필요가 있고, 일괄정산 후 남은 최종잔액채권은 회생채권으로서 이에 대한 담보의 실행을 허용하면 회생담보권에 대한 강제집행을 금지하는 통합도산법 제58조 제1항 제2호에 어긋나므로 허용되지 아니하고, 따라서 제4호의 담보거래는 일괄정산을 할 때에 담보물을 함께 환가정산하는 양도담보방식에 한정된다고 한다.

이에 대하여 금융거래에서 담보가 제공되는 이유는 일괄정산 후에 남은 최종잔액채권에 대한 위험까지도 완전히 제거하기 위한 것이므로 제4호에서 말하는 담보는 “당사자가 사전에 약정한 기간 또는 기일에 양당사자간의 거래에 일괄정산이 일어난 것으로 보고, 그 결과 산출된 최종잔액채권에 대한 담보를 설정하는 것”을 의미한다며 담보권설정방식도 제4호의 담보에 포함된다는 주장이 있다.⁵⁰⁾ 그리고 위 두 가지 방식은 법적 형식에 차이에도 불구하고 경제적 효과는 거의 동일하다는 점 및 양도담보방식의 담보권자와 담보권설정방식의 담보권자 사이에 우열을 두어야 할 만한 실질적 차이가 없다는 이유로 담보권설정방식도 제4호의 담보에 포함된다는 주장도 있다.⁵¹⁾

(3) 적격금융거래의 주체에 관한 논의

일괄정산네팅규정의 효력을 인정하는 취지는 금융시스템의 안정성을 유지하기 위한 데에 있는 것이지 특정한 거래의 거래주체를 보호하고자 하는 데에

49) 임치용, 위의 글, 109쪽.

50) 정순섭(註17), 위의 글, 262쪽.

51) 박준, 위의 글, 81쪽. 유럽연합의 「금융담보에 관한 지침」(Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements) 서문(14)와 제7조에서도 양도담보방식뿐만 아니라 담보권설정방식에 의한 담보의 제공에 대하여도 일괄정산네팅규정의 효력을 인정해야 한다는 취지의 규정을 두고 있다.

있는 것이 아니므로, 일괄정산네팅규정의 효력을 인정하기 위해서는 적어도 거래주체의 일방은 금융기관이어야 한다는 주장이 있었다.⁵²⁾ 그러나 파생금융상품거래를 포함한 적격금융거래의 규모가 기하급수적으로 증대하고 있는 점, 그 거래당사자도 금융기관에 한정되지 않고 일반기업으로 확대되어 가고 있으며, 금융기관과 비금융기관의 명확한 구분이 점점 어려워져 가고 있는 점, 동일한 거래인데 당사자가 금융기관인지 아닌지에 따라 도산법 규정의 적용이 결정되는 것은 채권자평등의 원칙에 반한다는 점, 거래의 주체를 국내의 금융기관이나 증권회사로 한정하게 되면 국내기업이 외국금융기관과 유가증권의 대차거래를 하는 경우가 배제될 수도 있다는 점을 고려하여 거래주체를 한정하지 아니하였다.⁵³⁾

2. 통합도산법 제120조 제3항의 적용의 효과

(1) 통합도산법 적용의 배제

일괄정산네팅규정이 앞의 유효요건을 충족하면 적격금융거래의 종료 및 정산에 관하여는 통합도산법이 적용되는 것이 아니라 일괄정산네팅규정에 따라서 효력이 발생하고, 이러한 적격금융거래의 종료 및 정산은 해제, 해지, 취소 및 부인의 대상이 되지 아니한다.⁵⁴⁾ 그리고 제4호의 거래는 중지명령⁵⁵⁾ 및 포괄적 금지명령⁵⁶⁾의 대상이 되지 아니하는데, 제1호 내지 제3호의 거래도 이러한 명령의 대상이 아니지만, 제4호 거래인 담보거래는 명백한 파생금융거래가 아니어서 해석상 논란이 있을 수 있으므로 도산법상의 규정 중 특히 문제되는

52) 정순섭, “채무자 회생 및 파산에 관한 법률상 금융거래의 특칙에 관한 의견”, 법률신문 2004. 11. 8.자.

53) 임치용, 위의 글, 105-106쪽; 오수근, 위의 글, 32쪽.

54) 파산관재인과 정리회사의 관리인 등은 아직 이행되지 아니한 쌍무계약을 해지할 수 있는 선택권을 갖고 있는데 이를 ‘cherry picking’이라고 한다. 이와 구별되어야 하는 것으로 ‘도산해지조항’이 있다. 계약의 일방당사자에 대하여 도산절차가 개시되는 것을 계약해지권의 발생원인 내지 계약의 당연 해지사유로 정한 조항을 ‘도산해지조항’이라고 하는데, 대법원 판례(대법원 2007.09.06. 선고 2005다38263 판결)는 부인권의 대상이 되거나 공서양속에 위배된다는 등의 이유로 효력이 부정되어야 할 경우를 제외하고, 도산해지조항은 효력을 인정하고 있다.

55) 통합도산법 제44조.

56) 통합도산법 제45조.

“일괄정산네팅(close-out netting)규정의 운용을 위한 UNIDROIT 원칙”을 고려한 입법적 제안

일부 규정의 적용을 명시적으로 배제한 것이다.⁵⁷⁾ 한편, 중지명령이나 포괄적 금지명령은 회생절차에서만 인정되고 파산절차에서는 인정되지 아니하므로 위 관련규정은 파산절차에는 적용되지 아니한다.

한편, 위 규정에서는 ‘취소’를 언급하고 있지만 통합도산법에는 취소에 관한 규정이 없다. 이러한 이유로 위 규정에서의 ‘취소’는 통합도산법상의 취소가 아니라 민법 제109조에 의한 착오로 인한 법률행위의 취소, 제110조에 의한 사기나 강박으로 인한 의사표시의 취소, 제406조에 의한 채권자취소권에 의한 취소 등 다른 법률에 근거한 취소를 의미하는 것이라는 주장이 있다.⁵⁸⁾ 이에 대하여 통합도산법에서 다른 법률의 적용을 배제하였다고 해석하기에 무리가 있다는 반대 견해도 있다.⁵⁹⁾

그리고 후자의 경우에는 주어가 ‘적격금융거래의 종료 및 정산’이 아니라 ‘각 적격금융거래’가 되어야 한다는 지적이 있다.⁶⁰⁾ 위 조항에서 ‘해제 및 해지’는 위 법 제119조의 미이행 쌍무계약의 이행 또는 해제·해지에 관한 관리인의 선택권에 대응하는 것으로서, 기본계약의 적용을 받는 다수의 적격금융거래들 중 회생절차가 개시된 또는 파산이 선고된 당사자에게만 유리한 방향으로 적격금융거래의 일부는 이행청구를 하고, 일부는 해제 또는 해지하는 것을 방지하는데 그 취지가 있으므로 ‘해제 및 해지’를 할 수 없는 것은 ‘각 적격금융거래’라는 점을 그 이유로 제시하고 있다.⁶¹⁾

(2) 최종잔액은 회생채권으로 취급

통합도산법 제120조 제3항에서는 일괄정산 후에 남은 최종 잔액채권을 어떻게 취급할 것인지에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 이러한 잔액채권은 파산채권 또는 회생채권 등으로 취급될 수밖에 없고, 따라서 파산절차 또는 회생절차를 통하여 채권을 회수할 수밖에 없다.⁶²⁾

57) 정순섭(註17), 위의 글, 263쪽.

58) 오수근, 위의 글, 14쪽.

59) 박준, 위의 글, 註13.

60) 박준, 위의 글, 75쪽.

61) 앞의 글, 같은 쪽.

62) 박준, 앞의 글, 74-75쪽. 앞서 언급한 바와 같이 채권자가 잔액채권에 대하여 우선적으로 변제받을 수 있는 권리가 없기 때문에 금융담보가 제공된다.

(3) 채권자취소권에 관한 논의

회생회사의 관리인 또는 파산관재인(이하 ‘파산관재인 등’이라고 한다)이 회생절차 개시결정 또는 파산선고(이하 ‘파산선고 등’이라고 한다) 이후에 적격금융거래에 대하여 민법 제406조의 채권자취소소송을 제기할 수 없다는 주장이 있다. 통합도산법 제120조 제3항에서는 이를 부정하는 명시적 규정은 없지만, 파산관재인 등이 적격금융거래에 관하여 부인권을 행사할 수 없도록 한 입법취지를 고려한다면 회생절차 개시결정 등 이후에 파산관재인 등이 적격금융거래를 대상으로 채권자취소소송을 제기하는 것은 허용되지 않는다고 한다.⁶³⁾

(4) 특칙의 남용방지

통합도산법 제120조 제3항 단서에서는 일괄정산네팅규정의 남용을 방지하기 위하여 “다만, 채무자가 상대방과 공모하여 회생채권자 또는 회생담보권자를 해할 목적으로 적격금융거래를 행한 경우에는 그러하지 아니하다”라고 규정하여 예외적으로 부인권이 적용될 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 이 규정은 민법 등 다른 법률의 규정을 통하여 해결할 수 있는 사항에 불과하고, 회생채권자 또는 회생담보권자를 해하려는 목적으로 공모하는 상황이 어떤 상황을 염두에 두고 있는지는 명확하지 아니하며, ‘공모’와 ‘해하려는 목적’⁶⁴⁾과 같은 주관적인 기준은 오히려 분쟁을 야기한다는 점에서 위 규정을 반대하는 견해가 있다.⁶⁵⁾ 반면에, 파생금융상품거래에서는 신용위험이 상존하여 상대방의 신용도가 떨어지는 경우에는 추가로 담보를 제공하는 것이 상례이므로 회생절차 등의 신청에 임박하여 추가적인 담보를 제공하는 것은 부인권의 대상에서 제외되지만, 회생절차 등의 신청에 임박하여 새로이 회생채권자 등과 파생상품거래를 시작하면서 다액의 담보를 제공하였다면 위 단서규정에 따라서 파생상품거래 약정 자체 또는 담보제공행위가 부인의 대상이 될 수 있다는 주장이 있다.⁶⁶⁾

63) 박준, 앞의 글, 75-76쪽.

64) 부인권에 관한 통합도산법 제100조 제1호에서 “채무자가 회생채권자 또는 회생담보권자를 해하는 것을 알고 한 행위”를 부인권의 대상으로 규정하고 있지만 해하는 결과에 대한 인식을 의미하는데 그치고 ‘해할 목적’까지 요구하지 않는다.

65) 정순섭(註17), 위의 글, 264-265쪽.

66) 임치용, 위의 글, 110쪽.

IV. 일괄정산네팅원칙과 통합도산법 제120조 제3항의 비교 및 평가

1. 주관적 적용범위

일괄정산네팅원칙⁶⁷⁾은 원칙 3의 적합당사자(eligible party)⁶⁸⁾ 사이의 거래에 대하여만 적용되고, 원칙 4에 따라서 적어도 거래당사자 일방이 적격자본시장참가자(qualifying financial market participant)⁶⁹⁾ 또는 공공기관(public authority)⁷⁰⁾ 이어야 한다. 일괄정산네팅원칙에서 주관적 범위를 제한한 이유는 이 원칙을 마련할 당시에 이미 각 국이 주관적 범위를 제한하는 경우가 많았고, 금융감독당국이 계속하여 감독권한을 유지하고 싶어 했기 때문이다.⁷¹⁾ 반면에 통합도산법에서는 주관적 범위를 제한할 것인지 논의는 있었지만, 일괄정산네팅규정의 효력이 인정되는 금융거래의 범위를 제한하는 것으로 충분하다는 이유로 별도로 주관적 범위를 제한하지 아니하였다.

일괄정산네팅규정의 효력을 인정하는 이유가 특정 거래주체를 보호하는데 있지 아니하며, 금융거래의 주체가 일반기업과 공공기관까지 확대되고 있고, 다양한 형태의 금융거래가 증가함에 따라서 주체의 성격이 아니라 거래의 성격에 따라서 금융거래를 분류하는 것이 타당하다는 점을 감안하면, 적용대상인 금융거래를 제한하는 것으로 충분하며 굳이 주관적 적용범위를 제한할 필요는 없다고 본다. 게다가 일괄정산네팅원칙은 ‘최소한 범위에서의 통

67) 일괄정산네팅원칙의 내용과 그 해설은 적지 않은 분량이기 때문에 본 글에서 모두 언급할 수 없다. 자세한 내용은 이헌묵, “일괄정산네팅(close-out netting)규정의 운용을 위한 UNIDROIT 원칙의 소개”, 「국제사법연구」 제20권제2호, 한국국제사법학회, 2014, 85쪽 이하 참조.

68) ‘적합당사자’란 개인적, 가정적 목적을 위하여 행동하는 자연인을 제외한 모든 사람 또는 단체를 의미하며, 조합·비법인 단체·기타 사람의 단체를 포함한다. 즉, 소비자를 제외한 모든 사람 및 단체를 의미한다(일괄정산네팅원칙 원칙 3(1)).

69) ‘적격자본시장참가자’란 은행, 보험회사, 투자회사 등의 금융기관을 의미한다(일괄정산네팅원칙 원칙 3(2)).

70) ‘공공기관’은 중앙정부, 지방정부, 공공단체, 중앙은행 및 국제통화기금(IMF) 등의 국제금융기구를 의미한다(일괄정산네팅원칙 원칙 3(3)). 공공기관이 일괄정산네팅규정의 일방당사자인 경우에는 일괄정산네팅규정의 효력을 확보하는 것이 시스템위험의 방지라는 공적이익과 관련되기 때문이다. 이때 공공기관은 공공서비스를 제공하고 있는 사적 기관이 이에 포함될 수 있지만, 사소한 공적 관련이 있다는 이유만으로 기타 공공단체에 포함되지 아니한다(이헌묵(註69), 위의 글, 101쪽).

71) Paech(註6), p.16.

일'(minimum scope of harmonization)을 추구하고 있으므로 이 보다 넓게 규정하더라도 이 원칙 반하는 것은 아니다.⁷²⁾ 그러나 아래에서 언급하는 일정한 자산의 매도, 매수, 인도 거래에서의 일괄정산네팅규정의 효력을 인정하는 방향으로 통합도산법을 개정한다면, 이러한 거래의 주체에 대하여는 제한을 둘 필요가 있다.

한편, 일괄정산네팅원칙에서는 개인적·가정적 목적을 위하여 행동하는 자연인, 즉 소비자를 적합당사자에서 제외하여 소비자의 금융거래를 적용대상에서 제외하고 있다. 그러므로 통합도산법에서도 소비자가 거래주체인 금융거래를 적용대상에서 제외할 것인지 논의할 수 있는데, 위 법의 적용대상인 적격금융거래가 개인적·가정적 목적을 위하여 이루어지는 경우를 예상하기 힘들고, 위 원칙에서 소비자를 적합당사자에서 제외한 이유는 소비자보호법과의 충돌을 우려한 것인데,⁷³⁾ 우리의 소비자기본법 및 기타 소비자보호에 관한 법률이 통합도산법 제120조 제3항과 충돌되지 아니하므로 굳이 소비자를 위 법의 적용대상에서 제외할 필요는 없어 보인다.

2. 객관적 적용범위

일괄정산네팅원칙 원칙 4에서는 적합채무(eligible obligation)만을 그 적용대상으로 규정하고 있다. 이 적합채무의 범위와 통합도산법의 객관적 적용대상인 적격금융거래의 범위를 비교·평가하여 보면 다음과 같다.

(1) 증권금융거래의 범위

통합도산법은 증권금융거래와 관련하여 유가증권의 환매조건부거래 및 유가증권의 대차거래만 적격금융거래에 포함시키고 있지만, 일괄정산네팅원칙 원칙 4(1)(a)(ii)에서는 “환매조건부거래, 유가증권의 대차거래 및 기타 증권금융거래”⁷⁴⁾ 뿐만 아니라 집합투자업 또는 투자신탁업의 소위 투자펀드도 그 적용대상

72) 이현목, 앞의 글, 107쪽.

73) UNIDROIT, 위의 글, para.46. 법률적 의미에서의 소비자의 범위가 나라마다 다르기 때문에 일괄정산네팅원칙에서는 소비자라는 용어를 사용하는 대신에 ‘개인적, 가정적 목적을 위하여 행동하는 자연인’이라고 표현하였다.

74) “Repurchase agreements, securities lending agreements and any other securities financing

“일괄정산네팅(close-out netting)규정의 운용을 위한 UNIDROIT 원칙”을 고려한 입법적 제안

인 증권금융거래를 포괄적으로 포함시키고 있다. 그런데 증권을 매개로 한 금융은 다양한 방법으로 이루어질 수 있으므로 통합도산법과 같이 두 개의 거래에 한정할 이유는 없다고 보이고, 위 두 개의 거래도 다양한 방법으로 이루어질 수 있으므로 통합도산법의 적격금융거래인 증권금융거래의 범위를 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 맞추어 확대할 필요가 있다.⁷⁵⁾

(2) 담보거래의 범위

앞서 언급한 것처럼 통합도산법에는 담보권설정방식에 의한 담보거래가 적격금융거래에 포함되는지 명확한 규정을 없어서 이에 관한 논란이 있다. 현재는 담보권설정방식도 적격금융거래로 보는 것이 다수의 의견으로 보인다. 하지만 일괄정산네팅원칙에서는 적합채무의 담보제공과 관련하여 담보물의 소유권이 이전되는 양도담보약정⁷⁶⁾만을 적합채무에 시키고 담보권설정방식에 의한 담보거래를 적용대상에서 제외하고 있다. 그러나 담보권설정방식과 양도담보방식의 구분이 항상 명확한 것이 아니며, 담보권설정방식이라고 해서 정산이 불가능한 것은 아니고, 양자가 실질적으로 동일한 목적을 추구하고 있는데 이를 달리 취급하는 것은 공평의 원칙에 반한다고 본다. 따라서 통합도산법에서 담보권설정방식이나 양도담보방식에 관계없이 담보거래에 대하여도 일괄정산네팅규정의 효력을 인정할 필요가 있다.⁷⁷⁾ 덧붙여 일괄정산네팅원칙의 ‘최소한 범위에서의 통일’ 원칙에 비추어 담보권설정방식에 의한 담보거래에 대하여 일괄정산네팅규정의 효력을 인정하더라도 위 원칙에 반하지 아니한다.

transaction, in each case in respect of securities, money market instruments or units in an undertaking for collective investment or an investment fund”(유가증권의 환매조건부거래, 유가증권의 대차거래 및 기타 증권금융거래. 다만, 이러한 각 거래는 증권, 단기유가증권 또는 집합투자업 또는 투자신탁업의 거래단위에 관한 것이어야 한다).

75) `시장에서 다양한 형태의 거래가 있고, 일괄정산네팅의 필요성은 거래마다 차이가 있으므로 이에 대한 추가적 연구가 필요하다. 이러한 결과 본 글에서 제시할 수 있는 적격금융거래의 범위는 한계가 있을 수밖에 없다.

76) Title transfer collateral arrangements related to eligible obligations.

77) 앞서 언급한 바와 같이 유럽연합의 「금융담보에 관한 지침」에서도 양도담보방식뿐만 아니라 담보권설정방식에 의한 담보의 제공에 대하여도 일괄정산네팅규정의 효력을 인정해야 한다는 취지의 규정을 두고 있다.

(3) 일정한 자산의 매도, 매수, 인도 거래

일괄정산네팅원칙에서는 유가증권과 귀금속⁷⁸⁾의 매도, 매수 및 인도를 위한 계약을 적합채무에 포함시키고 있는데, 다만 거래의 양당사자가 모두 적합당사자이고, 적어도 일방 당사자가 적격자본시장참가자 또는 공공기관이어야 한다. 반면에 통합도산법은 위와 같은 거래를 적격금융거래에 포함시키고 있지 않다.

그런데 금융기관이나 공공기관에 의하여 이루어지는 유가증권과 귀금속의 매도, 매수 및 인도 등의 거래는 직접적으로 금융거래라고 할 수 없지만, 금융 목적을 위하여 거래가 이루어지고 있고, 그 규모가 클 뿐만 아니라, 금융거래의 위험이 증가하는 경우에는 안전한 자산인 귀금속의 거래가 증가하므로 위와 같은 거래는 금융거래의 대체적 성격을 갖고 있다.⁷⁹⁾ 결국 위와 같은 거래도 시스템위험을 야기할 가능성이 있다는 점에서는 적격금융거래와 차이가 없으므로 통합도산법에서도 위와 같은 거래를 적격금융거래에 포함시키는 것이 타당하다.⁸⁰⁾ 다만, 단발적 거래 및 소규모거래는 제도의 남용을 가져올 수 있고, 금융시스템의 안정과 관련이 없으므로 이를 적격금융거래에서 제외시킬 필요가 있다. 이를 위하여 그 규모를 제한하거나 주체를 제한하는 방법을 고려해 볼 수 있다.⁸¹⁾

(4) 일괄정산 후의 순채무의 지위

금융거래를 위한 기본계약이 여럿 존재하고 이러한 기본계약들이 하나의 주된 기본계약(master-master agreement)을 바탕으로 하여 체결되는 경우가 있다. 이때 주된 기본계약에 포함된 일괄정산네팅규정의 효력이 인정되려면 개별 기본계약에 따른 일괄정산네팅의 결과 남은 하나의 순채무에 대하여도 일괄정

78) 금, 은, 백금, 팔라듐 기타 귀금속(gold, silver, platinum, palladium or other precious metals).

79) 2008년 국제금융위기 이후에 아직 세계경제가 회복되지 못하고 있고, 오히려 국제경제에 대한 불안감이 점점 커지고 있기 때문에 각국의 통화에 대한 불신이 높아지고 있고, 이에 따라서 안전자산인 금, 은, 백금 등 귀금속에 대한 투자가 증가하여 2015년도에 그 가격이 급격히 상승할 것으로 예상하는 전망도 있다(머니투데이 뉴스, 2015년 1월 14일자 기사 참조).
<http://www.mt.co.kr/view/mtview.php?type=1&no=2015011415293024110&outlink=1>

80) 석광현, 위의 책, 520쪽에서도 귀금속의 인도를 적격금융거래에 포함시키고 있다.

81) 이를 위하여 유가증권과 귀금속의 매도, 매수 및 인도 등의 거래의 참가자와 규모에 대한 추가적 연구가 필요하다.

“일괄정산네팅(close-out netting)규정의 운용을 위한 UNIDROIT 원칙”을 고려한 입법적 제안

산네팅이 허용되어야 한다. 이러한 이유로 일괄정산네팅원칙 원칙 4(1)(c)⁸²⁾에서는 일괄정산네팅의 결과 남은 순채무를 적합채무에 포함시키고 있다.⁸³⁾ 반면에 통합도산법에서는 주된 기본계약에 관한 규정을 두고 있지 아니할 뿐만 아니라, 오히려 일괄정산네팅의 결과 남은 하나의 순채무는 도산절차에 따라서 처리되어야 한다는 것이 일반적인 견해이므로 주된 기본계약에 포함된 일괄정산네팅규정의 효력까지 인정할 수 있을지 의문이다. 그런데 주된 기본계약에 따른 다수의 금융거래의 경우에도 신용위험과 시스템위험을 발생시킬 수 있다는 점에서는 일반 기본계약에 따른 금융거래와 차이가 없으므로 이러한 주된 기본계약에 포함된 일괄정산네팅규정의 효력도 인정할 필요가 있다.

(5) 보증 또는 채무인수

일괄정산네팅원칙 원칙 4(1)(b)에서는 적합채무의 보증인 및 적합채무의 인수인의 채무도 적합채무에 포함시키고 있지만, 통합도산법에서는 이에 관하여 아무런 언급을 하지 아니하여 위와 같은 채무가 적격금융거래에 해당하는지 명확하지 아니하다. 일괄정산네팅규정의 효력은 특정인을 보호하기 위한 것이 아니라 금융시스템을 보호하는데 그 목적이 있다는 점을 고려하면 보증인과 채무인수인의 채무에 대하여도 일괄정산네팅을 허용하는 방향으로 통합도산법을 개정할 필요가 있다.

3. 기본계약의 요구

통합도산법 제120조 제3항에서는 이 특칙이 적용되는 요건으로서 기본계약의 존재를 요구하고 있다. 이에 반하여 일괄정산네팅원칙 원칙 2에서는 기본계약을 요구하지 아니하고 일괄정산네팅만을 위한 독립된 합의도 포함시키고 있다. 이와 같이 다양한 방법에 의한 일괄정산네팅규정이 모두 일괄정산네팅원칙에 적용될 수 있도록 원칙 2에서는 약정(arrangement) 또는 합의(agreement)라

82) a single net obligation determined under a close-out netting provision entered into by the same parties in respect of obligations under sub-paragraph (a) or (b)((a) 또는 (b)에 따른 채무와 관련하여 동일한 당사자가 체결한 일괄정산네팅규정에 따라서 결정된 하나의 순채무).

83) 이현목(註69), 위의 글, 107쪽.

는 용어 대신에 일괄정산네팅규정(close-out netting provision)이란 용어를 사용하였다.⁸⁴⁾

그리고 일괄정산네팅원칙 원칙 5에서는 가능한 넓은 범위에서 일괄정산네팅규정의 효력을 확보하기 위하여 서면방식 이외의 형식적 요건의 부과를 금지하고 있고, 원칙 6(1)(a)에서는 “실행국가는 일괄정산네팅규정 자체에서 규정하고 있는 사항 이외의 실행요건을 부과해서는 아니된다”고 규정하여 일괄정산네팅규정의 효력을 인정하기 위한 부가적 요건을 금지하고 있다. 통합도산법에서 기본계약의 존재를 요구하는 것은 형식적 요건이나 부가적 요건을 배격하는 위 원칙의 규정들과 충돌된다고 볼 여지도 있다.⁸⁵⁾

일괄정산네팅규정의 효력을 인정하는 이유는 금융시장의 안정에 있으므로 일괄정산네팅규정의 형식은 아무런 관련이 없어 보인다. 더욱이 기본계약이 무엇인지 정의가 없어서 이에 관한 논란이 있는데, 일괄정산네팅규정의 효력을 불명확한 개념 아래 놓이게 하여 그 효력을 불확실하게 하는 문제가 있다.⁸⁶⁾ 그리고 기본계약이 요구되는 이유는 단발적 거래가 아닌 장래의 계속적 거래에 한정하여 일괄정산네팅규정의 효력을 인정하고자 하는데 그 취지가 있는데, 적격금융거래가 자체가 계속적 거래를 전제로 하고 있으므로 굳이 기본계약의 존재를 요구할 필요는 없다고 본다.

4. 일괄정산네팅의 정의규정의 필요성

일괄정산네팅원칙 원칙 2에서는 그 적용대상인 일괄정산네팅이 무엇인지 정의를 내리고 있지만, 통합도산법 제120조 제3항에서는 별도의 정의를 내리는 대신에 ‘적격금융거래의 종료 및 정산에 관한 당사자의 합의’라고 규정하고 있다.⁸⁷⁾ 일괄정산네팅규정이 당사자의 계약상 합의라는 점을 감안하여 보면,

84) UNIDROIT, 위의 글, para.21.

85) 참고로 유럽연합의 「금융담보에 관한 지침」에서는 금융담보약정(financial collateral arrangement)에 포함된 일괄정산네팅규정의 효력을 인정하고 있는데, 이 지침 제2조(n)에 따르면 금융담보약정은 기본계약에 의하여 체결되지 아니한 경우도 포함되므로 결국 기본계약에 포함되지 아니한 일괄정산네팅규정의 효력도 인정된다.

86) 덧붙여 주된 기본계약(master-master agreement)도 이러한 기본계약의 개념에 포함될 수 있는지 명확하지 아니하다.

87) 계약상 일괄정산네팅규정의 효력을 인정하는 것에는 크게 세 가지 입법례가 있다. 첫째

“일괄정산네팅(close-out netting)규정의 운용을 위한 UNIDROIT 원칙”을 고려한 입법적 제안

다양한 형태의 일괄정산네팅규정이 존재할 수 있으므로 이를 일률적으로 정의하기 보다는 통합도산법처럼 ‘적격금융거래의 종료 및 정산에 관한 당사자의 합의’에 우선권을 주는 방식이 좀 더 유연한 해석을 가능하게 한다고 본다.

5. 법률행위의 효력을 규율하는 법률의 적용여부

일괄정산네팅원칙 원칙 6(2)에서는 일괄정산네팅규정의 효력이 확보되어야 하지만 무제한으로 효력이 보장되어야 하는 것은 아니라는 전제 하에서 법률행위의 효력을 규율하는 법률이 여전히 일괄정산네팅규정에 적용된다고 규정하고 있다. 반면에 통합도산법 제120조 제3항에서는 위와 같은 법률이 일괄정산네팅규정에 적용되는지 명백히 언급하지 아니하여, 그 적용여부에 관하여 논란이 있다.

일괄정산네팅규정의 효력을 확보할 필요가 있다는 이유만으로 사회상규에 반하거나 사기·강박 등에 의한 일괄정산네팅규정의 효력까지 인정할 정당성은 없으며, 만일 이러한 경우까지 일괄정산네팅규정의 효력을 인정하면 그 남용을 인정하는 것이고 결국 채권자평등의 원칙의 예외를 인정하는 한계를 벗어나게 된다. 무엇보다 사적이익 또는 공적이익의 보호에 관계없이 법률행위의 효력에 관한 규정의 적용을 전면적으로 배제하는 법률이나 이론도 없는 상황에서 일괄정산네팅규정에 대하여만 이러한 예외를 인정한다는 것은 더욱 받아들이기 힘들다. 이러한 점에서 통합도산법에서도 일괄정산네팅규정의 효력을 인정하는 취지가 법률행위의 효력을 규율하는 다른 법률의 적용까지 배제하는 것이 아니란 점을 명확히 할 필요가 있다.

벨기에법과 같이 채권자 평등의 원칙과 같은 도산법상의 몇 가지 원칙이 일괄정산네팅에는 적용되지 아니한다고 규정하는 방법(the carve-out), 둘째 영국법이나 우리법과 같이 도산절차의 개시에 불구하고 일괄정산네팅규정의 효력에는 영향이 없다고 단순히 규정하는 방법(the blunt reference to the parties' agreement), 셋째 독일법과 같이 상계에 관한 법리로 일괄정산네팅규정의 효력을 인정하는 방법(the assimilation of close-out netting with insolvency set-off)이 있다. 이에 대한 자세한 내용은 Paech, Philipp, “Close-Out Netting, Conflict of Laws and Insolvency”, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2414400>, p.12 이하 참조.

6. 부인권

(1) 문제점

통합도산법 제120조 제3항에서는 ‘적격금융거래의 종료 및 정산에 관하여’ 부인의 대상이 되지 아니한다고 규정하고 있다. 부인될 수 없는 대상이 ‘일괄정산네팅의 합의’가 아니라 ‘일괄정산네팅’이란 점에서 특이점이 있다. 이에 대하여 ‘각 적격금융거래’가 부인될 수 없는 대상이 되어야 한다는 주장이 있음은 앞서 언급한 바와 같다. 현행 통합도산법의 해석상 개별 금융거래가 부인되면 그에 따른 일괄정산네팅도 부인되지만, 후자의 견해에 따르면, 모든 개별 금융거래가 부인될 수 없으므로 이에 대한 일괄정산네팅도 부인되지 아니한다는 점에서 양자의 차이가 있다.

위와 같은 두 가지 입장은 적어도 부인권의 적용을 배제 또는 제한하자는 것인데, 채권자 평의의 원칙에 기초한⁸⁸⁾ 부인권의 적용배제가 일괄정산네팅규정을 남용하는 결과를 가져오는 것은 아닌지 의문이 있다. 비록 통합도산법 제120조 제3항 단서에서 일괄정산네팅규정의 남용을 방지하고자 “다만, 채무자가 상대방과 공모하여 회생채권자 또는 회생담보권자를 해할 목적으로 적격금융거래를 행한 경우에는 그러하지 아니하다”라고 규정하여 예외적으로 부인권이 적용되는 경우를 인정하고 있지만, ‘해할 의사’와 상대방과의 ‘공모’라는 엄격한 요건을 요구하는 문제가 있다.

(2) 외국의 입법례

외국의 입법례를 보면 일본법에는 해석상 논란은 있지만 부인권에 관한 규정이 없고,⁸⁹⁾ 독일법에서는 당연히 부인권이 적용된다는 전제 하에서 부인권에 관한 규정이 없으며,⁹⁰⁾ 유럽연합의 금융담보에 관한 지침에서도 부인권의 적용을 배제하는 규정을 두고 있지 아니하며, 영국의 Banking Act 2009 (restrictions of partial property transfers)에서도 마찬가지이다. 미국의 경우에는

88) 대법원 2004.09.03. 선고 2004다27686 판결.

89) 임치용, 위의 글, 108쪽.

90) 오수근, 김나영, 위의 글, 65쪽.

“일괄정산네팅(close-out netting)규정의 운용을 위한 UNIDROIT 원칙”을 고려한 입법적 제안

U.S. Code §546(g)에서 부인권의 적용을 배제하면서도 예외적으로 §548(a)(1)(A)에서 규정하고 있는 부인권의 적용은 긍정하고 있는데, §548(a)(1)(A)에서는 “채무자가 자산을 양도 또는 채무를 부담한 날 또는 그 후에 채무를 부담하게 될 채권자를 방해, 지연 또는 기망할 의도를 가지고 그러한 자산의 양도 또는 채무의 부담하는 행위”⁹¹⁾를 파산관재인이 부인할 수 있도록 규정하고 있다. 마지막으로 일괄정산네팅원칙 원칙 7(2)에서는 오히려 부인권이 적용된다는 취지의 규정을 두고 있다.⁹²⁾ 이를 종합하여 보면 미국만이 일괄정산네팅규정에 대하여 부인권의 적용을 배제하고 있지만, 채무자의 의도적 배임행위에 대하여는 예외적으로 부인권의 행사를 허용하고 있다.

(3) 통합도산법상 부인권 규정의 분석

통합도산법 제100조의 회생절차에서 관리인이 부인⁹³⁾할 수 있는 행위는 4개로 구성되어 있다.⁹⁴⁾ 이 중에서 적격금융거래의 성질상 제4호가 적용될

91) 만일 채무자가 자산을 양도하거나 채무를 부담하는 날 또는 그 후에 채무를 부담하거나 또는 채무를 부담하게 될 상대방을 자발적 또는 비자발적으로 방해, 지연, 기망할 실질적 의도를 가지고서 자산을 양도하거나 채무를 부담하는 경우(if the debtor voluntarily or involuntarily – (A) made such transfer or incurred such obligation with actual intent to hinder, delay, or defraud any entity to which the debtor was or became, on or after the date that such transfer was made or such obligation was incurred, indebted).

92) 일괄정산네팅규정이 체결될 당시나 채무가 발생될 당시에 도산절차가 진행 중이란 사실을 인지한 경우, 청구종류의 순위, 또는 채권자의 기망으로 인하여 거래가 무효라는 것과 같이 (c)와 (d)에서 언급하고 있는 요소 이외의 요소 또는 그러한 요소에 추가한 요소를 근거로 하여 실행국가의 도산법에서 일괄정산네팅규정의 운용을 일부 또는 전부를 제한하는 것에 대하여 이 원칙이 영향을 끼치지 못한다(These Principles do not affect a partial or total restriction of the operation of a close-out netting provision under the insolvency law of the implementing State on grounds which include factors other than, or additional to, those referred to in sub-paragraphs (c) and (d) above, such as knowledge of a pending insolvency proceeding at the time the close out netting provision was entered into or the obligation arose, the ranking of categories of claims, or the avoidance of a transaction as a fraud of creditors).

93) 부인권은 소를 제기하는 방법이나 항변의 방법으로 행사할 수 있는데, 소를 제기하는 방법에 의하여 부인하는 경우에는 부인의 대상이 되는 행위가 그 효력을 소급적으로 상실하게 됨으로써 발생하는 법률적인 효과에 따라 원상회복의무의 이행을 구하는 소를 제기하거나, 그 법률관계의 존재 또는 부존재 확인을 구하는 소를 제기하는 방법에 의한다(대법원 2009.05.28. 선고 2005다56865 판결).

94) 1. 채무자가 회생채권자 또는 회생담보권자를 해하는 것을 알고 한 행위. 다만, 이로 인하여 이익을 받은 자가 그 행위 당시 회생채권자 또는 회생담보권자를 해하는 사실을 알지

경우는 사실상 없을 것이다. 따라서 나머지 부인의 대상이 될 수 있는데 행위들이 문제가 되는데, 제1호 내지 제3호는 총채권자의 공동담보가 되는 채무자의 일반재산을 절대적으로 감소시키는 이른바 ‘사해행위’와 특정한 채권자에 대한 변제와 같이 다른 채권자들과의 공평에 반하는 이른바 ‘편파행위’를 규정하고 있다.⁹⁵⁾ 제1호의 행위는 “채무자가 채권자를 해하는 것을 알고 한 행위”이고, 제2호의 행위는 “채무자가 지급의 정지, 회생절차개시의 신청 또는 파산의 신청이 있는 후에 한 회생채권자 또는 회생담보권자를 해하는 행위와 담보의 제공 또는 채무의 소멸에 관한 행위”는 채무자가 채권자의 손해를 명백히 인식하고서 하는 행위이며, 제3호의 행위는 채무자가 의무 없이 담보를 제공 또는 채무를 소멸시키는 행위이므로 역시 채무자가 채권자의 해할 의사가 명백한 경우이다. 이러한 제1호 내지 제3호에 해당하는 일괄정산네팅까지 허용하는 것은 명백히 일괄정산네팅규정의 남용을 허용하는 결과밖에 되지 아니한다. 더욱이 제1호 내지 제3호의 행위가 부인되기 위해서는 채무자의 상대방이 채무자의 ‘사해행위’와 ‘편파행위’를 인지할 것을 요구하고 있으므로 상대방에게 예측할 수 없는 손해를 끼치는 것도 아니다.

게다가 통합도산법 제120조 제3항 단서에서 부인권을 예외적으로 적용하기 위한 요건으로 ‘해할 목적’과 ‘공모’를 요구하고 있는데, 채무자와 그 상대방에게

못한 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 채무자가 지급의 정지, 회생절차개시의 신청 또는 파산의 신청(이하 이 조 내지 제103조에서 "지급의 정지등"이라 한다)이 있는 후에 한 회생채권자 또는 회생담보권자를 해하는 행위와 담보의 제공 또는 채무의 소멸에 관한 행위. 다만, 이로 인하여 이익을 받은 자가 그 행위 당시 지급의 정지등이 있는 것 또는 회생채권자나 회생담보권자를 해하는 사실을 알고 있을 때에 한한다.
 3. 채무자가 지급의 정지등이 있는 후 또는 그 전 60일 이내에 한 담보의 제공 또는 채무의 소멸에 관한 행위로서 채무자의 의무에 속하지 아니하거나 그 방법이나 시기가 채무자의 의무에 속하지 아니한 것. 다만, 채권자가 그 행위 당시 채무자가 다른 회생채권자 또는 회생담보권자와의 평등을 해하게 되는 것을 알지 못한 경우(그 행위가 지급의 정지등이 있는 후에 행한 것인 때에는 지급의 정지등이 있는 것도 알지 못한 경우에 한한다)에는 그러하지 아니하다.
 4. 채무자가 지급의 정지등이 있는 후 또는 그 전 6월 이내에 한 무상행위 및 이와 동일시할 수 있는 유상행위.
- 95) 부인권의 대상인 통합도산법 제100조의 네 가지 행위들은 사해행위와 편파행위 한 가지에만 포섭되는 것이 아니라 사해행위 또는 편파행위 어느 쪽에나 포섭될 수 있다(대법원 2011.10.13. 선고 2011다56637 판결).

“일괄정산네팅(close-out netting)규정의 운용을 위한 UNIDROIT 원칙”을 고려한 입법적 제안

‘해할 목적’과 ‘공모’는 없었지만 채무자가 일괄정산네팅을 통하여 채권자를 ‘해하는 결과’가 발생할 것을 인식하였고, 상대방도 이를 인식하였다면 충분히 일괄정산네팅을 남용한 것이라고 판단되므로 이러한 요건을 넘어서 ‘해할 목적’과 ‘공모’까지 요구하는 것은 지나치다고 본다. 덧붙여 미국 도산법에서도 예외적으로 부인권을 적용할 요건으로 ‘해할 목적’이나 ‘공모’까지 요구하고 있지 아니하다는 점에서도 통합도산법의 요건은 지나치게 엄격하다.

한편, 일본에서는 일괄정산이 자동적으로 발생하는 경우에는 별도의 의사표시가 없으므로 일괄정산네팅규정을 부인하는 것은 적절하지 않다는 견해가 있다고 한다.⁹⁶⁾ 하지만 일괄정산네팅이 자동적으로 발생하더라도 적어도 일괄정산네팅의 합의는 존재하므로 당사자의 의사표시가 없다는 주장은 받아들이기 힘들다.

(4) 소결

결론적으로 통합도산법 제120조 제3항에서 일괄정산네팅이 부인될 수 없도록 한 점은 타당하지 아니하므로 일괄정산네팅 또는 일괄정산네팅규정도 부인의 대상이 될 수 있도록 관련규정을 삭제할 필요가 있다.⁹⁷⁾ 더불어 이를 삭제할 경우 채권자취소권도 당연히 적용된다고 봐야 하므로 적용여부에 관한 논의는 더 이상 의미가 없다.

한편, 대법원 판례⁹⁸⁾는 집행기관에 의하지 아니하고 질권자가 직접 질물을 매각하거나 스스로 취득하여 피담보채권에 충당하는 등의 행위 통합도산법 제100조 제1항 제2호에 의한 부인권 행사의 대상이 될 수 있다고 판시하고 있는데, 만일 일괄정산네팅을 부인의 대상에 포함시키는 방향으로 통합도산법을 개정한다면, 담보권설정방식에 따른 담보권실행이 부인되지 아니하도록 이에 한정하여 부인권의 적용을 배제시킬 필요가 있다.

96) 이화여자대학교 법학연구소, 위의 글, 20쪽.

97) 오수근, 김나영, 위의 글, 48쪽에서도 “어떤 논거에 의해서도 일괄정산이 부인권 행사의 대상이 된다는 주장을 완전히 배제할 수는 없을 것이다”라고 언급하고 있다.

98) 대법원 2011.11.24. 선고 2009다76362 판결.

7. 금융기관 해산과 관련한 예외조치

금융안정위원회(Financial Stability Board; FSB)⁹⁹⁾와 바젤은행감독위원회(Basel Committee on Banking Supervision; BCBS)¹⁰⁰⁾는 금융기관에 해산절차가 개시된 경우에 해산절차를 관장하는 기관이 어떤 자산과 책임을 이전시킬 것인지를 결정하고, 이를 이전시키는 시간이 필요하므로 일괄정산네팅규정의 효력을 정지시킬 수 있는 최대 2영업일이 허용되어야 한다는 의견을 피력하였다.¹⁰¹⁾ 즉, 일괄정산네팅규정의 효력을 확보하면서도 대량거래가 일시적으로 종결됨으로 인하여 금융기관의 해산을 담당하는 기관이 정상적인 업무처리를 하지 못할 위험을 방지하기 위하여, 임시적으로 일괄정산네팅규정의 효력이 개시되는 것을 중지시킬 수 있도록 하되 시간적 제한을 두자는 것이다.¹⁰²⁾ 이러한 이유로 원칙 8에서는 일괄정산네팅규정의 정지 또는 그 밖의 조치를 취할 수 있도록 허용하면서, 동시에 일괄정산네팅규정의 효력을 보장하기 위한 ‘적절한 보호장치’를 마련하도록 하였다. 원칙 8에서는 무엇이 적절한 보호장치인지 각 국의 입법에 맞기고 있는데, 금융안정위원회의 「효과적인 금융기관 해산정책을 위한 몇 가지 요소」(Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions) 제4장에서 규정하고 있는 ‘적절한 보호장치’가 참조될 수 있을 것이다.¹⁰³⁾

99) FSB는 세계 각 국의 금융감독기구를 회원으로 하는 세계기구이다. 우리나라는 한국은행과 금융위원회가 회원으로 되어 있다(<http://www.financialstabilityboard.org/> 참조).

100) BCBS는 세계 각 국의 은행감독기능을 향상시키기 위한 세계결제은행(BIS)의 위원회이다 (<http://www.bis.org/bcbs/> 참조).

101) Peter M Werner, *op.cit.*, p.50.

102) Philipp Paech, *op.cit.*, p.18.

103) 이에 따르면 (i)정지는 엄격하게 시간이 제한되어야 한다. (ii)금융계약의 일체성을 보호하고 도산한 자의 상대방에게 확실성을 제공하는 장치가 마련되어야 한다. (iii)도산한 자의 상대방이 도산절차 개시 이외의 사유로 갖게 된 해지권 등이 중지기간 또는 그 후에도 행사될 수 있어야 한다. (iv)중지조치는 재량사항일수도 있고 자동적일 수도 있으며 당국은 중지의 개시와 종료에 관하여 명확히 해야 한다((i)be strictly limited in time (for example, for a period not exceeding 2 business days); (ii)be subject to adequate safeguards that protect the integrity of financial contracts and provide certainty to counterparties; and (iii)not affect the exercise of early termination rights of a counterparty against the firm being resolved in the case of any event of default not related to entry into resolution or the exercise of the relevant resolution power occurring before, during or after the period of the stay (for example, failure to make a payment, deliver or return collateral on a due date). The stay may be discretionary

“일괄정산네팅(close-out netting)규정의 운용을 위한 UNIDROIT 원칙”을 고려한 입법적 제안

우리나라의 경우에는 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」 제10조에서 금융위원회가 부실의 염려가 있는 금융기관에 대하여 적기시정조치로서 계약이전명령을, 제14조에서는 금융위원회가 행정처분으로서 계약이전결정을 할 수 있도록 규정하고 있다. 이러한 계약이전명령이나 계약이전결정이 정상적으로 실시되기 위해서는 계약이전절차에 시간이 소요되는데, 이를 위해서는 일괄정산네팅의 효력발생을 정지시킬 필요가 있다는 점은 우리나라도 마찬가지이다. 따라서 일괄정산네팅원칙 원칙 8과 같이 최소 2일 동안 일괄정산네팅의 효력을 정지시킬 수 있도록 통합도산법을 개정하는 것이 타당하다.¹⁰⁴⁾

V. 결 론

이상으로 일괄정산네팅원칙과 통합도산법 제120조 제3항을 비교하는 방법으로 통합도산법에 대한 개정의견을 제시하였다. 앞서 언급한 것처럼 본 글의 목적은 통합도산법 제120조 제3항의 개정을 위한 전반적 의견을 제시하는데 그 목적이 있는 것이 아니라, 일괄정산네팅원칙을 고려한 한정된 범위에서 개정의견을 제시하는데 그 목적이 있다. 이러한 이유로 본 글에서 구체적인 개정안을 제시하는 것은 실효성이 없다고 판단되므로 앞에서의 논의를 아래의 표와 같이 정리하는 방법으로 결론을 대신하고자 한다.

주관적 적용범위	주관적 적용범위에 별도의 제한을 두지 아니하되, 객관적 적용범위에 귀속 거래 등을 포함시킬 경우에 이러한 거래에 한정하여 주관적 범위를 제한해야 한다.
객관적 적용범위	가. 증권금융거래의 범위 증권을 매개로 한 금융은 다양한 방법으로 이루어지고 있으므로 적격금융거래인 증권금융거래의 범위를 넓혀야 한다. 나. 담보거래의 범위

(imposed by the resolution authority) or automatic in its operation. In either case, jurisdictions should ensure that there is clarity as to the beginning and the end of the stay).

104) 일괄정산네팅때문이 아니라 예금의 급속한 인출을 방지하기 위하여 금융기관이 도산한 경우에 실무적으로 금요일에 계약이전조치를 하고, 월요일 업무개시 전까지 계약이전절차를 종료시키고 있다고 한다.

	<p>담보권설정방식이나 양도담보방식에 관계없이 담보거래에 대하여도 일괄정산네팅규정의 효력을 인정되도록 명시적 규정을 두어야 한다.</p> <p>다. 일정한 자산의 매도, 매수, 인도 거래 금, 은, 백금과 같은 귀금속 거래도 적격금융거래에 포함시켜야 한다.</p> <p>라. 일괄정산 후의 순채무의 지위 주된 기본계약(master-master agreement)의 일괄정산네팅규정의 효력을 확보하기 위하여 일괄정산 후의 순채무도 적격금융거래에 포함시켜야 한다.</p> <p>마. 보증 또는 채무인수 적격금융거래의 보증인과 채무인수인의 채무에 대하여도 일괄정산네팅을 허용하여야 한다.</p>
<p>기본계약의 요구</p>	<p>기본계약이 무엇인지 불명확할 뿐만 아니라 일괄정산네팅의 합의는 기본계약과 별도로 이루어 질 수도 있으므로 기본계약을 요구하는 규정을 삭제하여야 한다.</p>
<p>도산법과 다른 법률과의 관계</p>	<p>법률행위의 효력을 규율하는 다른 법률의 적용을 배제할 이유가 없으므로 이러한 법률이 일괄정산네팅규정에 여전히 적용된다는 점을 명시할 필요가 있다.</p>
<p>부인권</p>	<p>부인권의 적용을 배제할 정당한 근거가 없어 보이므로 관련 규정을 삭제해야 한다.</p>
<p>금융기관 해산과 관련한 예외조치</p>	<p>계약이전명령 등 금융기관의 부실이 발생한 경우에 금융위원회가 필요한 조치를 취할 수 있도록 일정기간 동안 일괄정산네팅규정의 효력을 정지시킬 수 있도록 할 필요가 있다.</p>

참 고 문 헌

- 남희경, “금융투자상품거래청산회사를 통한 장외파생상품의 청산 및 결제”, 「증권법연구」 제13권제2호, 한국증권법학회, 2012.
- 박준, “채무자회생 및 파산에 관한 법률 제120조의 해석”, 「BFL」 제22호, 서울대학교 증권법센터, 2007.
- 박현일, “파생상품거래의 담보화에 따른 법적 문제”, 「경희법학」 제39권 제1호, 경희대학교, 2004.
- 석광현, 국제사법과 국제소송 제2권, 박영사, 2001.
- 오수근, “도산절차와 결제제도”, 「증권예탁」 제62호, 증권예탁원, 2007.
- 오수근, 김나영, “적격금융거래의 일괄정산에 관한 입법론”, 「법학논집」 제 8권제2호, 이화여자대학교, 2004.
- 이현묵, “영국법상 상계제도와 영국법이 적용되는 채권의 상계와 관련한 국내법상의 문제”, 「저스티스」 제142호, 한국법학원, 2014.
- _____, “일괄정산네팅(close-out netting)규정의 운용을 위한 UNIDROIT 원칙의 소개”, 「국제사법연구」 제20권제2호, 한국국제사법학회, 2014.
- 임치용, “지급결제제도에 관한 회생 및 파산 절차”, 「인권과 정의」 제356호, 대한변호사협회, 2006.
- 정순섭, “장외파생상품거래의 중도 종료와 도산절차상 효력”, 「증권」 제 112호, 한국증권학회, 2002.
- _____, “통합도산법상 금융거래의 특칙에 관한 연구”, 「증권법연구」 제6 권제2호, 한국증권법학회, 2005.
- 허항진, 국제증권시장의 법과 실무, 세창출판사, 2009.
- 이화여자대학교 법학연구소, “파생금융상품의 일괄정산네팅에 관한 연구”, 「법무부정책연구」, 법무부, 2003.
- UNIDROIT, Principles on Close-Out Netting, International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT, 2013.
- UNIDROIT, Preliminary draft Report on The need for an international instrument on the enforceability of close-out netting in general and in the context of bank resolution, UNIDROIT 2011 S78C - Doc. 2, available at <http://www.unidroit.org/english/documents/2011/study78c/s-78c-02-e.pdf>.
- UNIDROIT 2012 C.G.E./Netting/2/W.P. 2, “Draft Principles regarding the

enforceability of close-out netting provisions”, available at <http://www.unidroit.org/netting-preparatory-work>.

UNCITRAL, 2004 Legislative Guide on Insolvency Law, p.156, available at http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html.

Philipp Paech, “Enforceability of Close-Out Netting: Draft UNIDROIT Principles to Set New International Benchmark”, 1 JIBFL 13, 2013.

Paech, Philipp, “Close-Out Netting, Conflict of Laws and Insolvency”, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2414400>.

Stephanie Loizou, “Close-out netting and an introduction to the UNIDROIT principles on its enforceability”, J.I.B.L.R. 27(10), 2012.

Peter M Werner, “Close-out netting and the world of derivatives in central and eastern Europe and beyond - ISDA perspective”, Law in Transition, ISDA, 2012.

Carl Baker, “Rethinking the ISDA flawed asset”, J.I.B.L.R. 27(6), 2012.

David Mengle, “The Importance of Close-Out Netting”, ISDA Research Notes, Number 1, ISDA, 2010.

<국문초록>

일괄정산네팅규정은 금융거래의 일방당사자에게 도산절차가 개시된 경우에, 자동적으로 또는 당사자 일방의 선택에 의하여 모든 채무의 이행기가 도래하고 일괄정산을 통하여 하나의 채무로 감소 또는 대체되도록 하는 합의를 의미한다. ‘사법통일을 위한 국제연구소’(UNIDROIT)가 2013년 채택한 「일괄정산네팅규정의 운용에 관한 원칙」(UNIDROIT Principles on the Operation of Close-out Netting Provisions)은 법적 구속력이 있는 국제협약은 아니지만, 일괄정산네팅에 관한 각 국의 법을 기본적 사항에 있어서 통일하기 위한 가이드라인이라는 점에서 우리에게도 중요한 의미를 갖는다. 위 원칙은 총 8개의 원칙으로 구성되어 있는데, 원칙 1 내지 원칙 4는 일괄정산네팅규정의 효력이 인정되는 적용범위를 규정하고 있고, 나머지 원칙은 일괄정산네팅규정의 효력을 확보하기 위한 최소한의 입법적 방침을 규정하고 있다. 이 일괄정산네팅원칙은 일괄정산네팅규정의 효력을 인정하고 있는 「채무자회생 및 파산에 관한 법률」과 적지 않은 차이가 있다, 본 글은 국제적 추세에 따른 일괄정산네팅원칙을 바탕으로 하여 위 법률에 대한 개정의견을 제시하는데 그 목적이 있다.

주제어 : 일괄정산네팅, 국제금융, 당사자평등의 원칙, 신용위험, 시스템위험, 부인권, 양도담보거래

Legislative Proposals in Consideration of “UNIDROIT Principles on the Operation of Close-out Netting Provisions”

Lee, Hun-Mook*

A ‘close-out netting provision’ is an agreement that reduces or replaces the obligations owed by the parties to a transaction to a single net obligation when insolvency proceedings are commenced with respect to one of the parties. This net obligation is due and payable by one party to the other either automatically or at the election of one of the parties. UNIDROIT adopted ‘UNIDROIT Principles on the Operation of Close-out Netting Provisions’ in 2013; however, it is not an international convention that has a legally binding effect. It carries an important meaning to us, though, as it provides guidelines to each state to harmonize basic provisions of the law with respect to close-out netting. The Principle consists of eight principles. Principles 1 through 4 provide the scope of application for recognizing the enforceability of the close-out netting provision. The remaining principles provide legislative policies to secure enforceability of the close-out netting provision. The Principle has many differences from ‘Debtor Rehabilitation and Bankruptcy Act’ which recognizes the effect of the close-out netting provision. The purpose of this article is to propose amendments of the Act in consideration of the Principle reflecting international trends.

Key Words : close-out netting, international finance, pari passu, credit risk, systemic risk, avoidance, title transfer collateral arrangement

* .Professor, Kyungpook National University Law School